

SOBRE CONSERVACION DE EMPRESA Y CONCURSO.

Efraín Hugo RICHARD

Comunicación al Primer Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por la Universidad de Medellín en homenaje al Prof. Dr. Jesús Sanguino Sanchez, Colombia, Medellín Septiembre de 2007.

El Profesor Dr. Jesús SANGUINO SANCHEZ mantiene una línea de ejemplaridad vital, tanto en su vocación académica y profesional, como en su estilo de vida. El compromiso con el derecho y la comunidad, con actitudes no individualistas de donación de dinámica grupal aglutina ideas y conductas en pro de sus ideales jurídicos.

La concreción del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, incubado en La Cumbre (República Argentina) año 2000 en el seno del II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, ha madurado con su liderazgo y genera en sus frutos múltiples Congresos de la especialidad. Ahora el Primer Congreso Colombiano de Derecho Concursal organizado por la Universidad de Medellín en su homenaje.

La vertiginosidad de los tiempos nos impide estar físicamente a su lado, aplaudiendo su gestión y uniéndonos a su homenaje, pero en el mundo de las ideas hay muchas formas de estar junto a él, y elegimos para ello una comunicación en temas donde nos hermana la vocación.

La Academia y Universidad Nacionales de Córdoba han adherido documentalmente a ese homenaje, ahora lo hacemos nosotros a través de reflexiones en torno a la “conservación de la empresa”, que encuentra reflejos en la ley 1116 que instituye el “Régimen de Insolvencia Empresaria” en la República de Colombia, con fecha 27 de diciembre de 2006, y que he comenzado a regir recientemente a los seis meses de su promulgación, y en cuya gestación no dudamos que ha tenido influencia su pensamiento y su obra.

I – EL PANORAMA

En el derecho argentino las acciones en torno a la conservación de la empresa suelen ser tardías. Nos referimos concretamente a la empresa desarrollada por una sociedad comercial como forma de cumplimiento del objeto social. Ante la crisis, en el período preconcursal, los administradores no adoptan previsiones adecuadas, en los concursos judiciales (o en los extrajudiciales que requieren homologación judicial) no se exigen medidas que aseguren que la empresa ha de continuar, y en la quiebra no existe un sistema adecuado a tal fin, lo que ha dado lugar a interesantísimas soluciones jurisprudenciales.

Las sociedades comerciales operan durante muchos años en crisis, preinsolvencia o cesación de pagos alterando el mercado, la libre competencia y las propias posibilidades de subsistencia.

Sin embargo, en la homologación de acuerdos de quitas y esperas predatorias (80% de quita con 20 años de espera), los jueces justifican tal homologación en “la conservación de la empresa”, que no aparece asegurada ni en la propuesta ni en las previsiones de administración y disposición que deben presentarse –que suelen omitirse pese a integrar la propuesta-.

Ni la ley societaria ni la concursal traen una expresa declaración sobre la necesidad de conservar la empresa

II – LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.

1. En un reciente trabajo del maestro Hector Alegría –también Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal que preside nuestro homenajeado-: *Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia*¹, en el último capítulo, al referirse a los administradores de las sociedades en crisis (“El rol de los administradores ante la situación de insolvencia”), tiene a bien hacer una condescendiente referencia a algunos de nuestros trabajos en ese aspecto: “Un autor local que está trabajando el tema (Richard) dice: cuando se presenta la cesación de pagos o la insolvencia, el administrador tiene que variar su norte y ceñirse a una administración correcta de la empresa, a los pasos legales, administrativos o económicos financieros para la solución de la crisis, y si no lo hace responde ante los acreedores. No sólo a los accionistas que lo han nombrado sino también y fundamentalmente ante los acreedores” –que sin ser textual representa nuestra posición ante el evidente apartamiento de esas conductas que resulta del informe de los síndicos en concursos preventivos –que señalan cesaciones de pago de larga data sin que se adopte ninguna previsión antes de convocar a los socios a ratificar la presentación en concurso; o que resulta de los libros societarios si es que no se han incendiado o sustraído por terceros-. Sigue el distinguido jurista más adelante “La exposición completa de estos temas ha dado lugar a importantes aportes doctrinarios, muestra lugares comunes que se entrecruzan. En efecto, ante una crisis el administrador debe tomar decisiones, a veces imaginativas y otras desafiantes. Si ese administrador está sujeto a rigores extremos, algunos juzgados sólo ex post o sobre presupuestos meramente formales, es altamente factible que limite su accionar, con perjuicio de la empresa y de su recupero. También esa rigurosidad puede incidir en la selección de nuevos administradores de una empresa en crisis, pues cabe que se restrinja o desaparezca la posibilidad de incorporar personas capaces, o bien que quienes acepten circunscriban su actividad y no sean eficaces para la solución”.

Tranquilizamos al distinguido amigo. En forma alguna pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad, si se aparta de ese interés social, o si no adopta las medidas tendientes a su cumplimiento, frustrándolo indirectamente².

2. Rescata Héctor Alegría la visión desde la escuela comercialista de Córdoba, de Cámara y Quintana, a la que hemos tratado de adherir desde una visión particular de la empresa y, obviamente, de su conservación como manifestación concreta de los intereses convergentes que sabiamente expone nuestro distinguido amigo, que se patentizan específicamente cuando se produce la crisis, refiriéndose –en el mismo trabajo- a los

¹ Diario La Ley del 9 de mayo de 2007 pág. 1 a 10.

² La preocupación es similar a reparos que nos formalizan los Dasso en nuestras fraternales discusiones en giras por congresos internacionales, al mismo tiempo que nos alientan a proseguir nuestro análisis sistémico, separándonos de discusiones sobre aspectos formales, meramente doctrinarios o procedimentales. Las mismas no son diferentes a las que motivaron la primer polémica con Truffat, acompañado de Barreiro, en “*Responsabilidad de administradores y represenantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores*” citado, que contestamos adhiriendo y tranquilizándolos en “Está lloviendo. ¡Se acabó la sequía!”, también ya citado. De ninguna forma pretendemos que el administrador asuma el riesgo del mercado o del error en la planificación, sino que tome conciencia que de una actitud omisiva o desleal puede resultar responsabilidad.

“intereses diversamente vinculados” a través de la conservación de la empresa: los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, el mercado en su conjunto y el estado: “Los intereses mencionados gradúan, en mayor o menor medida, según el caso el giro y el contenido de las modernas legislaciones concursales”.

3. Apuntamos sobre interés definiciones del Diccionario de la Real Academia: Interés “inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración, etc.. Situación jurídica que se ostenta en relación con la actuación de otra persona que conlleva la facultad de exigirle, a través de un procedimiento administrativo o judicial, un comportamiento ajustado a derecho. Ventajas, no siempre legítimas, de que gozan varios individuos, y por efecto de las cuales se establece entre ellos alguna solidaridad circunstancia que puede oponerse a alguna obra de justicia o de mejoramiento social”.

Los intereses de los constituyentes de una sociedad, que pueden ser muy divergentes, se fusionan en un dato estatutario: el objeto social, cuya consecución debe guiar el obrar de los administradores, y cuyo desvío implica básicamente realizar fines extrasocietarios. El objeto social es una forma de darse la empresa. Cumplir el objeto y conservar la empresa parecen dos elementos convergentes.

Por otra parte la imposibilidad en la continuación de la empresa, la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, impone la disolución de la sociedad, aunque debe tenderse a la conservación del medio societario –art. 100 LSA- como forma indirecta de conservación de la empresa, imponiendo que los administradores, y los socios, obren en consecuencia.

El comportamiento de los administradores debe ser el de actuar con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios –art. 59 LSA-, sin omitir las conductas que son propias de ese estándar. Planificar, asegurando la funcionalidad, analizando la crisis y las medidas para superarla es el mínimo a requerir de la conducta de un buen hombre de negocios, para lograr el cumplimiento del objeto social.

4. La legislación colombiana es preclara al manifestar “Finalidad del régimen de la insolvencia... tiene por objeto ... la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretgende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operación, administrativa, de activos o pasivos” en su art. 1º primero segundo párrafos.

En el mismo sentido y representando correctamente esa problemática de los intereses vinculados en la conservación de la empresa, la ley de concursos mercantiles de México - publicada en Diario Oficial el 12 de mayo de 2000-, determina en su art. 1º que “Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negociación”. Marca dos etapas la de conciliación y la de quiebra. El art. 3º reitera ese fin señalando que “La finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus Acreedores Reconocidos...”.

5. Nuestra concepción sobre la empresa es desde el derecho societario, en la idea que es la forma normal de organización de las empresas de mayor significación económica³.

³ Cfme. QUINTANA FERREYRA, Francisco y nosotros *La conservación de la empresa en las leyes de*

Por otra parte la construcción del sistema societario es similar en la totalidad de los países iberoamericanos y la visión, esbozada concretamente desde un derecho nacional, permite su expansión.

Coherente con ello centramos la problemática en que la mera crisis financiera o la crisis económica general de una sociedad, y la cesación de pagos o la insolvencia, deben enfrentarse en la forma más tempestiva posible una vez advertida, para evitar su instalación y los efectos consecuentes, su contagio a la economía que la circunda, particularmente a los acreedores.

Nuestra tesis es que la crisis debe ser asumida por administradores y socios desde la normativa societaria, similar en todos los países. Hemos constatado en la práctica argentina que los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar como afrontar la crisis. No se expresa ello ni en Asambleas ni en Reuniones Generales, y menos aún se les convoca para aumentar el capital social, reintegración del mismo, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores –art. 197 LSA-. No asumidos los problemas de la crisis en lo básico, la discusión debería recaer en la disolución por alguna causal, fundamentalmente por la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, como forma de exteriorizarse la idea de empresa.

Lejos de ello, se suelen advertir maniobras oscuras y contrarias a deberes fiduciarios de los administradores tales como devolución de préstamos a personas vinculadas, o satisfacción de cuentas personales, o de aquellas que registran fianzas de los socios de control o administradores, e incluso la decisión de no aumentar capital social y devolver aportes irrevocables. Ello ha llevado a diversas respuestas de la legislación, particularmente a la revocabilidad de esos actos y la apreciación de esos créditos como subordinados.

Justamente desde ese punto de vista la referida norma colombiana entre los “Requisitos de inicio del proceso de reorganización”, en el art. 10 apartado 1º impone el “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas”.

Adviértase la sencillez preventiva de la norma, que impone el tratamiento de las causales disolutorias, para lograr el equilibrio a bajo costo, como la capitalización del pasivo, donde se eliminan todos los costes de transacción para salir de la crisis y se transforma la situación patrimonial de la sociedad.

6. La quita y espera lograda en un concurso, enriquece a los socios que no capitalizan, además de los altos costos de transacción, y las maniobras por las que terceros adquieren créditos con grandes desembolsos para luego renunciar a su íntegro cobro votando quitas y esperas predatorias para imponérselas a los acreedores convocados.

Aparece así un verdadero proceso preventivo preconcursal en el derecho societario ante la manifestación que “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”⁴. La cuestión de la insolvencia societaria no tiene solución clara en el ámbito concursal.

Es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el

sociedades 19550 y de concursos 19.551 en RDCO 1978-1376.

⁴ DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

La protección de la empresa, y de la sociedad que la contiene, pasa por otras vías que no son ni alientan la abusividad en los concursos que debe entenderse como una normatividad de excepción ante situaciones de crisis en las que han fracasado los otros recursos previstos por el derecho.

En momentos que legislación y posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción. Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Principios "rectores" lo son sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad. Una doctrina permisiva tendió a limitar las acciones de responsabilidad en la quiebra a supuestos de dolo, llevando a una sensación de impunidad en el obrar de esos administradores –contagiada a los administradores públicos- que transfieren el problema a terceros, a partir de cuyo exceso se viene registrando una tímida reacción.

Son los socios los que deben asumir las soluciones, no los acreedores, conservando la empresa que desarrolla la sociedad que constituyeron, o disolviéndola.

III – EL SISTEMA CONCURSAL.

El presupuesto objetivo de la aplicación del sistema concursal es la cesación de pagos (insolvencia) o su inminencia –dificultades financieras o económicas generales-, resultado ello el antivalor que reemplaza la autonomía de la voluntad y la regulación bilateral para componer las relaciones de cambio entre el deudor y sus acreedores.

Ese antivalor autoriza la aplicación de un régimen normativo de excepción que, sin derogar los otros regímenes, impone un sistema de relaciones de organización, de justicia distributiva, en un único procedimiento de concurrencia universal y participación múltiple con los acreedores convocados.

Por la teoría de la bipolaridad de los valores, el bien jurídico tutelado resulta claramente el de absolver el estado de cesación de pagos, como nefasto para la empresa y para el medio en que actúa, por la facilidad de contagio y el perjuicio a la comunidad al no permitir conservar a una empresa que da empleo y genera riqueza.

Eliminando el estado de cesación de pagos, o situaciones anticipatorias, se permite conservar a la empresa y evitar la contaminación, manteniendo las previsiones normativas generales.

Por otra parte, desde la óptica de la “empresa” no es relevante quiénes sean los propietarios de las participaciones sociales, por lo que la capitalización del pasivo debería ser un recurso formal para devolver el equilibrio a la estructura patrimonial de la sociedad, sin perjuicio de otras acciones internas.

IV – PLAN DE EXPLOTACIÓN, CONSERVACIÓN O REORGANIZACIÓN.

1. La legislación argentina no prevé la formulación de plan alguno en las etapas del concurso, salvo una difusa referencia al régimen de administración y disposición de bienes

durante la etapa de cumplimiento del acuerdo, y el eventual a presentar por el síndico si pretendiera la continuación de la empresa en la etapa liquidativa.

La legislación colombiana introduce enfáticamente la cuestión en la solicitud de admisión del proceso de reorganización, al disponer en el art. 13° en sus apartados 4, 5 y 6 respectivamente la formulación de : 4. “Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia”, 5” Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones” y particularmente el 6 “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no sólo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso”, no entendiendo el último párrafo condicionante “cuando sea el caso”.

En nuestro país –como en la generalidad del derecho comparado- las sociedades por acciones tienen la obligación de formalizar una Memoria anual que debería constituir un verdadero plan de negocios por el año inmediatamente siguiente. Debió una dependencia oficial con sólo competencia en la Ciudad de Buenos Aires fijar un criterio rector. En efecto, la resolución 6/2006 IGJN que reabre positivamente el diálogo en torno a las obligaciones de los administradores societarios –conforme su deber de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios y particularmente con lealtad-, que propiciamos, imponiendo cierta información en la MEMORIA, con lo que quedará solucionada toda discusión en torno a la preconcursalidad, imponiendo recorrer el camino societario a las sociedades que atraviesen una crisis y descartando la posibilidad que la sociedad opere largo tiempo en cesación de pagos (incluso una mera crisis), sin que los administradores se vean obligados a planificar, poniendo la cuestión en manos de los socios.

La Memoria de los administradores y las notas complementarias (arts. 66 y 65, ley 19550) debe expresar las razones en torno a la determinación de reservas facultativas que excedan las legales, que permitan determinar que son razonables y corresponden a una prudente administración⁵, las causas "detalladamente expuestas" por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que en efectivo, y, fundamentalmente, la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones⁶, como también todo lo acaecido entre el cierre del balance y la confección de la memoria (art. 65 1° f, ley 19550). Las perspectivas de las futuras operaciones importan anticiparlas en su orientación y determinar el posible impacto económico y resultados de las mismas, que deben tener una vinculación directa con el plan de reservas facultativas y política de dividendos. Implica sin duda una planificación de las operaciones futuras y de su prospectiva.

2. La resolución reconoce el origen doctrinario de los planteos, y de la inmediata unidad que generó en la escuela cordobesa. Justamente ante las actitudes ambiguas, partiendo que de la ley 24.522 y sus reformas no se exige ninguna planificación para salir de la crisis, ni para presentar acuerdo (no para ser evaluado por un tercero o por un juez, sino como parámetro para juzgar la responsabilidad del administrador), se formuló una tesis⁷ sosteniendo

⁵ Arg. art. 70 ley 19550 que autoriza el cuestionamiento de la constitución de reservas facultativas excesivas.

⁶ Art. 66 apartado 5, en concordancia con las notas que impone el art. 65 apartado f de la ley 19550.

⁷ ALBERTI, Marcelo Edgardo *Una contribución de Efraín Hugo Richard al derecho concursal: El plan de empresa como recaudo del concurso preventivo* en “DERECHOS PATRIMONIALES” Estudios en Homenaje al Profesor Emérito Dr. Efraín Hugo Richard, citado tomo II pág. 949. Cfme. ntos. *SALVATAJE DE LA EMPRESA Y PROPUESTA DE ACUERDO PREVENTIVO*. año 1996 n° 6, pág. 121 a 128, Rosario 2a. quincena de marzo de 1997. Revista Derecho y Empresa de la Universidad Austral; *Propuesta de acuerdo preventivo. Su integración necesaria con un plan de dirección* en Doctrina Societaria n° 109, diciembre 1996, Ed. Errepar, tomo VIII pág. 548 y ss.. *ENSAYO SOBRE EL PLAN DE EMPRESA Y LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO* en Revista “Estudios de Derecho Comercial” del Colegio de Abogados de San Isidro, n° 9 año 1993, págs.55 a 70.

que las soluciones deben buscarse en el caso del concurso de sociedades en la legislación societaria, particularmente para determinar acciones de responsabilidad, como la de imputabilidad aditiva (denominada de inoponibilidad de la personalidad jurídica⁸).

Ello se impuso a través de la referida resolución, dictada el 26 de julio de 2006 y publicada en el B.O. de la Nación el 31 del mismo mes, dando solución desde el derecho societario al tema de la crisis, donde se adoptan medidas en relación con la información que deberá contener la memoria de ejercicio de las sociedades por acciones, con el fin de cumplir con la ley de sociedades comerciales. Las mismas hacen referencia a: las razones de variaciones significativas operadas en las partidas de activo y pasivo; la estimación u orientación sobre perspectivas de las futuras operaciones; las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas.

Se señalan en sus consideraciones: “Que la doctrina ha destacado la importancia de la memoria del ejercicio económico de las sociedades comerciales, por su función de información y control en protección de los accionistas y por ser elemento para la interpretación del balance, que debe suministrar una información panorámica precisa y orientaciones concretas sobre el estado actual de la sociedad y sus perspectivas, aspectos de la gestión, relación y actos sociales que, por su naturaleza o contenido, no pueden incluirse en el balance (cfr. HALPERIN, Isaac, *Sociedades Anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 507/508; FARGOSI, Horacio P., *El artículo 66 de la ley 19.550*, en *Estudios de derecho societario*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1978, pp. 135/136)... Que ello supone la agregación en la memoria de información que no puede consistir en la duplicación, bajo otra forma expositiva, de la ya requerida como información complementaria y del balance general, el estado de resultados y las notas complementarias y cuadros anexos, por los artículos 62 a 65 de la ley 19550, sino que la situación presente de la sociedad debe ser ponderada como resultado de políticas empresariales seguidas a su respecto y evaluadas en cuanto a su conveniencia dentro del contexto en que la entidad haya operado, y su perspectiva o situación futura debe también inscribirse en una planificación de esas políticas empresariales en sus aspectos centrales y fijación de objetivos, como mínimo para el plazo del ejercicio económico entrante, y así exponerse en la memoria... Que la vigencia de deberes, principios y prácticas como los señalados, fundan requerir a la publicidad financiera alcances que aporten a la transparencia del mercado y la lealtad en la libre competencia, habiendo también destacado la doctrina la importancia del plan de empresa tanto desde la mira de la responsabilidad profesional de los administradores como desde la seriedad y viabilidad de las soluciones concursales para empresas en crisis. Al respecto ha recordado RICHARD que “la obligación de un buen hombre de negocios es planificar para el cumplimiento del objeto social de la

EL “BUEN HOMBRE DE NEGOCIOS” Y EL “PLAN DE EMPRESA” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, tomo V Pág. 337. *Crédito y plan de empresa* en XXIX Congreso Anual Ordinario de Abapra, La Rioja 30 de mayo/ 1 de junio de 1988; *¿SE INTEGRA LA PROPUESTA DE ACUERDO CON UN PLAN DE CUMPLIMIENTO ?* tomo I pág. 433. Ponencias al III CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL y I CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE LA INSOLVENCIA, Mar del Plata, 27, 28 y 29 de noviembre de 1997, 3 tomos Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, noviembre 1997; *SALVATAJE DE LA EMPRESA: ¿UNA POSTULACIÓN SIN RESPUESTA EN LA LEY CONCURSAL?* conjuntamente con Francisco JUNYENT BAS y Orlando Manuel MUIÑO, en RDCO año 30 - 1997 pág.525 y ss..

⁸ Nuestra comunicación sobre “LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y SU ACTUACION EN EL MERCADO” al PRIMER CONGRESO ARGENTINO-ESPAÑOL DE DERECHO MERCANTIL, Valencia, España, 19, 20 y 21 de Septiembre de 2001, con títulos *SOCIEDADES COMERCIALES Y PERSONALIDAD JURIDICA Allanamiento, desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los integrantes de los órganos de administración. Responsabilidad de los controlantes” (Una propuesta metodológica).*

sociedad que administra. Aun planificando existen riesgos, pero actuar sin planificación es de por sí generador de responsabilidad por no adoptar la actitud profesional que el art. 59, LS exige. La cuestión se potencia cuando actúa un órgano colegiado, que desenvuelve su actividad a través de resoluciones que importan un acto colegial colectivo imputable a la sociedad" (RICHARD, Efraín Hugo, El plan de empresa, Ética y responsabilidad del empresario, en "Estudios en honor de Pedro J. Frías", Ed. de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, t. III, pág. 1187; en similar sentido, el autor citado, junto con JUNYENT BAS, Francisco y MUIÑO, Orlando, Salvataje de la empresa: ¿una postulación sin respuesta en la ley concursal, Rev. del Derecho Comercial y las Obligaciones, Ed. Depalma, Bs. As., 1997, pág. 525); y que "en la realidad económica de hoy la responsabilidad de los administradores societarios, situación calificada en el caso de grupos societarios, toma especial relevancia por las crisis que han llevado, incluso, a pergeñar una nueva legislación concursal. Pero consideramos que la cuestión no se solucionará con esa legislación concurrencial, sino previniendo sobre la misma sociedad, imponiendo una adecuada inteligencia del rol de sus administradores y particularmente de su responsabilidad frente a la crisis preanunciada y no afrontada" (del prólogo de RICHARD a Responsabilidad de los administradores, de JUNYENT BAS, Francisco, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996).

Conforme a ello EL SUBINSPECTOR GENERAL (int.) A CARGO DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA, RESUELVE: Art. 1 - A los fines del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 66, encabezamiento e incisos 1), 5) y 6), de la ley 19550, la memoria de ejercicio de las sociedades por acciones deberá incluir, (donde destacamos en relación a situaciones de crisis y la tempestividad para enfrentarla, no necesariamente en forma concursal, los apartados 5, 6 y 7, 5); los siguientes indicadores, razones o índices, expuestos comparativamente en columnas correspondientes a los del ejercicio anterior y a los del ejercicio a que se refiera la memoria, explicitando la fórmula (cociente) utilizada para su cálculo: a) Solvencia; b) Endeudamiento; c) Liquidez corriente; d) "Prueba del ácido" o liquidez inmediata; e) Razón del patrimonio al activo; f) Razón de inmovilización de activos o del capital; g) Rentabilidad total y ordinaria de la inversión de los accionistas; h) Apalancamiento o "leverage" financiero; i) Rotación de activos; j) Rotación de inventarios. ...6. La definición de los objetivos para el nuevo ejercicio en los alcances y con la fundamentación, mínimos contemplados en el inciso 2), con consideración, en su caso, de las vinculaciones a que se refiere el inciso 4) y de componentes del contexto general y sectorial que se estimen previsibles, y la mención concreta de las correcciones principales a la política empresaria que se considere necesario introducir. 7. La estimación aproximada del monto que, en caso de considerárselos necesarios, deberían alcanzar los aportes de los accionistas u otros medios de financiación durante el ejercicio entrante."

En síntesis, el contenido de la Memoria toma así su verdadero carácter, imponiendo el análisis preventivo de toda situación de crisis, provocando la actuación preventiva de una cesación de pagos dentro del ámbito societario, evitando el sistema concursal de enriquecimiento de los socios que genera en forma sospechosa quitas y esperas predatorias a los acreedores quirografarios llamados al concurso.

Consideramos que esta importante Resolución se irradiará no sólo al resto de las jurisdicciones del país, devolviendo la lealtad informativa evitando cualquier acción de responsabilidad contra los administradores de una sociedad, sino que también servirá para su análisis en los Congresos internacionales –como el que se convoca en homenaje a Jesús Sanguino Sanchez-, y con ese propósito aquí la introducimos.

V – LAS CAUSALES DE DISOLUCIÓN.

La pérdida del capital social, total o parcial, pero fundamentalmente la incapacidad sobreviniente para el cumplimiento del objeto social, son causales de disolución de la sociedad “constituyendo al instante causal de la liquidación” que “son de orden público”⁹.

El art. 23 de la ley colombiana de Insolvencia Empresaria dispone que “Durante el trámite del proceso de reorganización no queda suspendido de pleno derecho, el plazo dentro del cual pueden tomarse u ordenar las medidas conducentes al restablecimiento del patrimonio social, con el objeto de enervar la causal de disolución por pérdidas. Ello es congruente con el bien jurídico de eliminar el estado patrimonial que afecta el desarrollo y conservación de la empresa.

El efecto que genera su constatación impone la liquidación de la sociedad en el derecho argentino, salvo que se supere la misma por la capitalización de la sociedad, sea por los socios, terceros o por los acreedores (art. 197 LSA).

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”¹⁰.

VI - AFRONTAR LA CRISIS RÁPIDAMENTE.

1. La conservación de la empresa no sólo se atiende asegurando su estructura, sino en la afrontación de la crisis tempestivamente, sea eliminando las causales de disolución, sea liquidando la sociedad, sea adoptando medidas en la estructura societaria, y como último recurso –cuando se han agotado los anteriores o han fracasado- recurriendo al concurso.

“La terapéutica debe adoptarse oportunamente, a imagen de las personas físicas que padecen alguna dolencia, en su oportunidad, y no tardíamente; es decir, cuando detectan los primeros síntomas de dificultades, y no al tiempo de la insolvencia.... Los legisladores de diversos países apoyan dicha tesis, aunque no siempre con éxito... Un viejo adagio reza “más vale prevenir que curar”¹¹”.

Es la protección preconcursal a la empresa en dificultades que refiere Osvaldo J. Maffia¹².

2. Esa corriente ha generado respuestas normativas que autorizan la apertura de trámites concursales, extrajurisdiccionales o judiciales, tempestivos a la aparición de la crisis o ante meros síntomas. Y también legitimando para esa apertura no sólo a la sociedad deudora a solicitar el concurso, sino a otros legitimados –internos o externos a la misma-.

“Uno de los más graves problemas del derecho concursal es el denominado *problema temporal*: el concurso se abre, con frecuencia, cuando el patrimonio del deudor no sólo es insuficiente... disminuyen considerablemente las expectativas de conservación de las empresas en crisis. La receta para la solución del problema es doble, y arranca de la evidente constatación de que deudor y acreedores disponer de diferente información. El deudor ha de conocer su situación, por lo que basta con ofrecerle estímulos –positivos o negativos- para que inste su propio concurso”¹³.

⁹ ROITMAN, Horacio *Ley de sociedades comentada y anotada*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 401. y 404.

¹⁰ ROITMAN ob. y tomo citado pág. 491.

¹¹ CÁMARA, Héctor *El concurso preventivo y la quiebra* Buenos Aires 1982, Ed. Depalma, t.III p. 1429.

¹² *La ley de concursos y la comezón del séptimo año* RDCO octubre 1979 año 12 p.435 y ss., especialmente pág. 458, 463, 467.

¹³ BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. *El nuevo derecho concursal español* en *Doctrina Societaria y Concursal* Noviembre 2003, tomo XVII pág.1127 y ss., específicamente p. 1136.

Cámara¹⁴ manifiesta la interrelación entre las dificultades financieras y económicas, refiriéndose al “Informe Sudreau” que aconseja la concursabilidad ante las dificultades reales o potenciales, “evitando siempre que el desencadenante del procedimiento sea demasiado tardío, señalándose como indicios la “falta de pago de cotizaciones fiscales o sociales”.

Se trata, a la postre de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización¹⁵, de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial. Nos permitimos apuntar que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles si no se agotaron los remedios societarios internos, llevando a preguntarse si puede presentarse en concurso judicial o extrajudicial una sociedad dentro de la cual los administradores o los socios no han intentado los remedios internos para superar la crisis, como exige previamente la ley colombiana.

No hay duda que la “dificultad financiera” alude a un endeudamiento, sin duda por capital insuficiente, que podría paliarse mediante un mero acto de reordenamiento patrimonial como desprenderse de una sucursal o de un activo improductivo. Sobre el punto se señala, recordando los principios de INSOL¹⁶ que “En el caso que un deudor presentare dificultades financieras, todos los acreedores relevantes (importantes) deberían prepararse para cooperar entre ellos, y también para conceder tiempo suficiente (pero limitado) al deudor (período de suspensión) para obtener de él información para ser evaluada, con el fin de proponer modos de resolución de las dificultades.... el deudor deberá proveer, y permitir a los acreedores relevantes ... el acceso a toda la información relativa a su patrimonio, deudas, negocios y perspectivas, a fin de permitir una evaluación adecuada”. Normalmente esa información es retaceada o deformada.

Otra fórmula para habilitar la aplicación de las normas concursales que, alterando la original vinculación con los acreedores del deudor en relaciones de cambio, habilita la aplicación de normas propias de las relaciones de organización es la inminencia de la insolvencia¹⁷, conforme la cual los administradores societarios deben adoptar medidas en lo interno, y fracasando ellas podrán recurrir tempestivamente a la apertura de un proceso concursal de concurrencia.

La idea de generalidad, permanencia, objetividad e insalvabilidad que tipificaría al estado de cesación de pagos para habilitar la apertura de un procedimiento concursal, cede ante la confesión del deudor que de esa forma dispone de la posibilidad de adelantar o retardar la presentación. En definitiva es una cuestión de inteligencia, incluso reservada al deudor común la calificación de su estado económico-financiero.

3. Nuestro homenajeado el Profesor Jesús Sanguino Sanchez¹⁸, sostiene, luego de eruditas apreciaciones, que la apertura de los concursos habrá de fundarse en la existencia de una situación de “crisis económica del deudor”, y que la confesión de éste debe ser suficiente para la apertura del concurso.

¹⁴ CÁMARA *El concurso preventivo y la quiebra* Ed. Depalma, Buenos Aires 1990, vol III B. p. 676.

¹⁵ CICHERO, Liliana *Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado* en *La Ley Actualidad*, página 1 del diario del 15 de marzo de 2001.

¹⁶ ANICH, Juan A. *Los principios de INSOL y el acuerdo preventivo extrajudicial* en *Doctrina Societaria y Concursal* Octubre 2003, tomo XV pág. 1007.

¹⁷ En la legislación española PULGAR EZQUERRA, Juana *La reforma del derecho concursal español: el presupuesto objetivo del concurso de acreedores* en *Doctrina Societaria y Concursal* Marzo 2004, tomo XVI p. 267 conforme a “un principio conservativo como medio para la satisfacción de los acreedores”.

¹⁸ *Bases para una reforma de los procedimientos concursales*, Anuario de Derecho Comercial, Montevideo n° 2 p. 177 y ss.

La confesión es coherente con el deber de los administradores, pues conforme se señala desde la doctrina tradicional¹⁹ -citando a Bolaffio y a Rocco que "... Se ha dicho que la presentación del deudor no es un acto discrecional sino el cumplimiento de un deber impuesto por la ley....". De allí la congruencia de la confesión para activar el concurso y que no se vea que intentamos poner sobre las espaldas de los administradores societarios deberes que escapen a sus normales funciones.

La apreciación de la situación de que es "dificultad", tiene una "vinculación directa con la proyección de la empresa", importando "un dictamen técnico", pues "sólo el deudor está habilitado para invocar y probar las dificultades económicas y financieras"²⁰ con una nota de generalidad, aunque bastará que el deudor pronuncie las palabras mágicas de "estar en cesación de pagos", como el "abrete sésamo", para que se abra el proceso respectivo, sin siquiera preguntarle o constatar si agotaron los remedios internos.

4. Venimos incentivando²¹ encontrar técnicas jurídicas que aseguren la mayor anticipación en la apertura de los juicios concursales²², tendiendo a prevenir los efectos nocivos de la actividad cumplida en cesación de pagos y los efectos expansivos del incumplimiento.

Cabe advertir que las soluciones preventivas en las sociedades se encuentran en la legislación específica. Es una constante de gran uniformidad en el derecho comparado.

La ley colombiana sobre insolvencia empresarial declara que el régimen de insolvencia propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales, destacando como principios la universalidad, la igualdad de los concurrentes, la eficiencia e información, la negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica manifestada en una "dirección general definida para el manejo y destinación de los activos, con miras a lograr propósitos de pago y de reactividad empresarial". A su vez define en el art. 9º los requisitos de inicio del proceso de reorganización (cap. II): "situación de cesación de pagos o de una incapacidad de pago inminente".

Determina esa ley cuando "El deudor estará en cesación de pagos", expresando que ello acaecerá cuando "Incumpla el pago por más de 90 días de 2 o más obligaciones a favor de 2 o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos 2 demandas de ejecución presentadas por 2 o más acreedores para el pago de obligaciones", agregando acumulativamente que ese pasivo "deberá representar no menos del 10% del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud".

¹⁹ HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético Concursal...*, citado, tomo I, pag. 324, 2º párrafo Bolaffio y a Pajardi en la nota 8.

²⁰ Cfme. MOLINA SANDOVAL, Carlos A. *Acuerdo preventivo extrajudicial. Alternativas para la superación de las dificultades empresarias* Ed. Abaco, Buenos Aires 2003, p. 98.

²¹ En DE LA INSOLVENCIA, 3 t. In Momorian de Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra, Editorial Advocatus, Córdoba 2000, con las comunicaciones al II Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, *Técnicas preventivas de la insolvencia*. Tomo I pág. 5. 4º. En torno a responsabilidad y concurso. Un "embrión" de proyecto. Tomo III pág. 313. *Extensión de quiebra y de responsabilidad*, Tomo III pág. 411. *Daños causados por la insolvencia: Acciones individuales de responsabilidad contra administradores de sociedades* Tomo III pág. 549..

²² Lo hicimos específicamente en los dos Congresos Iberoamericanos de Derecho Concursal (Barranquilla 2005 y Mérida 2006) organizados por el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. También pueden verse otros trabajos *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Córdoba 2000, ed. de la Academia de Córdoba, Capítulo X Cuestiones que debería resolver una legislación concursal, y en el Capítulo XI La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista) p. 457, en especial el párrafo VI "La problemática concursal" a pág. 474, y la página web de esa Academia www.acader.unc.edu.ar

La incapacidad de pago inminente se tendrá por tal cuando se “acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el incumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año”. Ello integra los puntos 1 y 2 respectivamente del art. 9°.

La visión de las normas societarias como preventivas resulta del mentado art. 10° que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de “No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla”, “Estar cumpliendo con sus obligaciones de comerciante, establecidas en el Código de Comercio”, “estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles”, “No tener a cargo obligaciones vencidas por retenciones de carácter obligatorio, a favor de autoridades fiscales, por descuentos efectuados a los trabajadores, o por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral”.

Ampliando la legitimación activa el art. 11 autoriza el inicio del proceso en caso de cesación de pagos al deudor o a uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad”, y ante la situación de incapacidad de pago inminente “por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios”.

Deberá presentarse conforme ya subrayamos y dispone el art. 13 ap. 6 “Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizaciones, operativa o de competitividad, conducentes a solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea el caso”.

VII – A MODO DE CONCLUSIÓN Y MEDITACIÓN.

1. La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a como debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad como una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial, incluso cuando no lo hubieran logrado en un intento absolutamente privado siguiendo la vía prevista de la capitalización de pasivo (art. 197 LS), que es cuidadosamente ignorado por los administradores dolosos. A veces sospechamos que los esos administradores ignoran la gravedad de sus conductas por la falta de un adecuado asesoramiento.

Todo ello es conforme al “bien jurídico tutelado por la legislación concursal”²³ y a las obligaciones-deberes de administradores societarios de actuar como “buenos hombres de negocios”.

²³ RICHARD, Efraín Hugo *Bien jurídico tutelado por la legislación concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p. 262.

2. Enfatizamos: la capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatario –sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación. Ello devuelve a lo que sostuviéramos en el año 1981 en torno a la “Conservación de la Empresa”, recordando a Abadesa “la remodelación tiende a salvar la empresa, no a aquellos que deben sufrir la responsabilidad y riesgo de la insolvencia”.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No podemos aceptar que se enriquezcan quiénes se marginaron del sistema privado de solucionar el problema, que es el societario, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados –u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores²⁴.

No hay duda que la cesación de pagos –o su inminencia, la insolvencia o los grados menores de crisis financiera o económica- son las situaciones patrimoniales críticas de un patrimonio que alterando las relaciones individuales permiten la actuación concursal.

Afrontando la crisis se tutelan múltiples intereses, específicamente la conservación de la empresa –con o sin sus administradores originarios-, la estructura societaria, la consistencia del patrimonio como prenda común de los acreedores, una fuente de puestos de trabajo y la satisfacción de la comunidad donde la actividad esta instalada.

Así concluimos hoy el diálogo imaginario en este Congreso en el que deseáramos –pero no podemos- estar, continuando recibiendo las reflexiones señeras y atinadas de un jurista de alma, un hombre de bien, como lo es don Jesús Sanguino Sanchez, al que con admiración entregamos este testimonio con ideas deshilvanadas para escuchar sus críticas y sugerencias.

²⁴ RICHARD, Efraín Hugo *Insolvencia societaria*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, septiembre 2007.